



# Organisation criminelle *versus* association de malfaiteurs et *associazione per delinquere* : quel socle à la lutte contre la criminalité organisée en France et en Italie ?

Raphaële Parizot

DANS **REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PÉNAL COMPARÉ** 2017/1 N° 1 , PAGES 1 À 12  
ÉDITIONS **DALLOZ**

ISSN 0035-1733

ISBN 9782995517015

DOI 10.3917/rsc.1701.0001

Date de mise en ligne : 01/04/2019

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penal-compare-2017-1-page-1?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...  
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



**Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.**

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur [cairn.info/copyright](http://cairn.info/copyright).

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

# Organisation criminelle *versus* association de malfaiteurs et *associazione per delinquere* : quel socle à la lutte contre la criminalité organisée en France et en Italie ?

Raphaële Parizot

Professeur à l'Université Paris Nanterre,  
Centre de droit pénal et de criminologie

1

On a beau chercher, la criminalité organisée n'est définie ni au niveau international<sup>1</sup>, ni au niveau national. Il est vrai que la criminalité organisée constitue non pas une incrimination soumise au principe de légalité et à l'exigence de précision qu'il emporte, mais une expression employée notamment par le législateur et visant une forme de criminalité, une catégorie de comportements particulièrement répréhensibles,

au-delà de ce qu'ils sont, en raison de leur intégration dans une organisation, un réseau perçu comme plus menaçant que l'action d'un individu seul, et à l'encontre duquel il faut se doter de moyens de lutte adaptés. Mais, précisément parce que les moyens de lutte se doivent d'être performants, ce qui entraîne d'importantes dérogations procédurales et de nouvelles sanctions<sup>2</sup>, il est nécessaire de savoir exactement

- (1) Au niveau international, v. la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée adoptée le 15 nov. 2000, dite Convention de Palerme, signée par la France le 12 déc. 2000 et ratifiée le 29 oct. 2002, signée par l'Italie le 12 déc. 2000 et ratifiée le 2 août 2006. Au niveau européen, v. l'Action commune 98/733/JAI du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les États membres de l'Union européenne remplacée par la Décision-cadre 2008/841/JAI du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée ; v. aussi le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui autorise l'Union européenne à adopter des directives pour « établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidents de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes. Ces domaines de la criminalité sont les suivants : [...] la criminalité organisée » (art. 83 1).
- (2) La Directive 2014/42/UE du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne prévoit ainsi la possibilité d'une confiscation élargie en matière notamment de participation à une organisation criminelle (art. 5) ; elle admet même la confiscation en dehors de toute condamnation (art. 4 2.).

dans quels cas ils peuvent être mobilisés, donc de respecter le principe de légalité. Or, tel n'est pas le cas. La liste des infractions relevant de la criminalité organisée continue en effet de flotter, en France<sup>3</sup> comme en Italie<sup>4</sup>. Et l'obsession du terrorisme n'arrange rien en ce que, pour d'évidentes raisons d'actualité, elle focalise l'attention, au détriment d'une réflexion sur la criminalité organisée aujourd'hui en panne.

Il est donc heureux que nos collègues italiens<sup>5</sup>, qui ont pris l'initiative de ce dossier, viennent nous rappeler que la criminalité organisée, au sens lucratif et non idéologique de l'expression<sup>6</sup>, continue de sévir. Il est vrai qu'en Italie, elle se traduit par une réalité spécifique qui, sans être inconnue en France, n'y a pas la même ampleur : la criminalité mafieuse. La mafia, sans même aller jusqu'à questionner sa qualité d'ordre juridique au sens où l'entendait Santi Romano<sup>7</sup>, prend la forme d'organisations criminelles très structurées et aux ramifications puissantes, que le législateur italien a voulu réprimer en 1982 avec la création du fameux article 416 bis du code pénal, réprimant l'*associazione di tipo mafioso* (l'association

de type mafieux). Ce texte, à lui seul, reste insuffisant pour saisir la complexe réalité mafieuse, ce qui explique l'importance de la jurisprudence, d'autant plus notable dans un pays fortement marqué par le principe de légalité et le principe de *riserva di legge*<sup>8</sup>, ainsi que l'importance de la réflexion doctrinale sur le sujet.

Si, sur ce point, la France apparaît en retrait, elle doit, tout comme l'Italie, prendre les mesures nécessaires pour lutter contre les organisations criminelles, structures de base de la criminalité organisée. En effet, dans la mesure où il ne saurait y avoir de criminalité organisée sans organisation criminelle<sup>9</sup>, comprise plus largement que l'organisation mafieuse<sup>10</sup>, il faut punir le groupe criminel organisé.

C'est ce que requiert la Décision-cadre du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée qui demande aux États membres de l'Union européenne de prendre les mesures nécessaires pour punir la participation à une organisation criminelle. Selon l'article 1<sup>er</sup> de ce texte, il faut entendre par « "organisation criminelle", une asso-

- (3) Il suffit de suivre l'évolution des art. 706-73 à 706-74 C. pr. pén.
- (4) L'incertitude est la même en Italie où le législateur emploie l'expression dans des sens différents, la réduisant à la criminalité mafieuse ou l'élargissant à tous les cas d'association criminelle. Parmi l'abondante jurisprudence sur la question, on peut citer la récente décision des Sections Unies pénales de la Cour de cassation italienne (Cassazione penale sezioni unite, 28/04/2016, n. 26889, n° 13, p. 28 et n° 16, p. 31) qui étend la notion de criminalité organisée (et donc les moyens procéduraux dérogatoires qui vont avec) « à l'*associazione per delinquere* au sens de l'article 416 du code pénal, en lien avec les activités criminelles les plus diverses, à l'exclusion de la simple réunion pour commettre l'infraction, à laquelle manque le critère de l'organisation » (« *per reati di criminalità organizzata devono intendersi [...] anche quelli comunque facenti capo a un'associazione per delinquere, ex art. 416 cod. pen., correlata alle attività criminose più diverse, con esclusione del mero concorso di persone nel reato, nel quale manca il requisito dell'organizzazione* »).
- (5) Ciro Grandi, L'apport de la jurisprudence italienne dans l'élaboration du concept d'« association de type mafieux », ce numéro, p. 13 ; Marco Venturoli, Au-delà de la participation à l'association de type mafieux : le concours externe, ce numéro, p. 27.
- (6) Sans nier les connexités qui peuvent exister entre criminalité organisée et terrorisme, on peut se servir de ce critère du profit (par opposition à idéologie) pour mettre à l'écart de notre réflexion cette forme particulière de criminalité qu'est le terrorisme. L'idée de profit apparaît d'ailleurs dans la définition de l'organisation criminelle que donne la décision-cadre de 2008 (art. 1<sup>er</sup>).
- (7) Santi Romano, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 2002, p. 90 (traduction de la 2<sup>e</sup> éd. de *L'ordinamento giuridico* paru en 1945).
- (8) La question du concours externe, traitée par Marco Venturoli, ce numéro, p. 27, en est une excellente illustration.
- (9) Les textes internationaux et européen l'ont bien saisi, qui en ont fait le premier point traité : Art. 2 de la Convention de Palerme de 2000 ; art. 1<sup>er</sup> de la décision-cadre de 2008.
- (10) La Directive 2014/42/UE du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne, notamment, fait référence à « la criminalité organisée transfrontière, y compris les organisations criminelles de type mafieux », ce qui sous-entend bien que la criminalité organisée ne se réduit pas aux mafias.

ciation structurée, établie dans le temps, de plus de deux personnes agissant de façon concertée en vue de commettre des infractions punissables d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins quatre ans ou d'une peine plus grave, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel », et par « association structurée », une association qui ne s'est pas constituée au hasard pour commettre immédiatement une infraction et qui n'a pas nécessairement de rôles formellement définis pour ses membres, de continuité dans sa composition ou de structure élaborée ». À cela s'ajoute le fait que les instruments de coopération judiciaire (mandat d'arrêt européen ; décision d'enquête européenne), qui reposent sur le principe de reconnaissance mutuelle, demandent aux États qu'ils mettent à l'écart le principe de double incrimination face à l'infraction de participation à une organisation criminelle<sup>11</sup>. D'où l'importance d'une harmonisation en Europe. À cet égard, en 2016, soit huit ans après l'adoption du texte, et alors même que les États devaient prendre les mesures nécessaires avant le 11 mai 2010<sup>12</sup>, la Commission européenne dresse un rapport en demi-teinte sur la transposition de la décision-cadre de 2008 au sein des États membres de l'Union européenne, dû en partie au fait que la décision-cadre elle-même n'est pas aussi catégorique qu'elle pourrait l'être sur la nécessité de définir en droit national, pour la punir, l'organisation criminelle. La Commission considère

en effet que « la décision-cadre permet aux États-membres de ne pas introduire le concept d'organisation criminelle, mais de continuer à appliquer le droit pénal national existant, en recourant aux règles générales relatives à la participation à des infractions spécifiques et à la préparation de ces dernières »<sup>13</sup>, reprenant en réalité une critique qu'elle avait déjà émise à l'issue des négociations sur la proposition de décision-cadre considérée comme plus ambitieuse, critique soutenue d'ailleurs, à l'époque, par la France et l'Italie. En effet, l'article 2 de la décision-cadre demande aux États membres d'incriminer soit la participation à une organisation criminelle (art. 2 a)) soit le simple accord entre deux personnes au moins en vue de commettre des infractions punies d'une privation de liberté d'au moins quatre ans (art. 2 b)), permettant ce faisant aux États membres de conserver le système classique de la participation criminelle à l'infraction sans introduire en droit interne le concept d'organisation criminelle<sup>14</sup>.

Précisément, concernant la France et l'Italie, qu'en est-il ? Ni l'une ni l'autre n'ont transposé la décision-cadre ; ni l'une ni l'autre ne définissent l'organisation criminelle. Comment ces deux États peuvent-ils dès lors respecter les exigences de l'Union européenne en termes de coopération judiciaire ? En effet, comme indiqué plus haut, les décisions-cadre de 2002 et de 2014, relatives respectivement au mandat d'arrêt européen et à la décision d'enquête européenne en matière pénale, prévoient

- (11) Décision-cadre 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, art. 2 2. ; Directive 2014/41 du 3 avr. 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, art. 11 1.g) par renvoi à l'annexe D du texte ; voir également la Décision-cadre 2008/909/JAI du Conseil du 27 nov. 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne (art. 7). On retrouve la référence à la participation à une organisation criminelle dans d'autres textes, dont la Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 févr. 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE (art. 57).
- (12) Art. 10 de la Décision-cadre 2008/841/JAI du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée.
- (13) Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil fondé sur l'article 10 de la décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil du 24 oct. 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée, 7 juill. 2016, COM(2016) 448 final, p. 11.
- (14) *Ibid.*, p. 2 et note 4.

que soit écarté le principe de double incrimination pour les demandes de coopération relatives à une participation à une organisation criminelle. Transposées telles quelles en droit interne, ces décisions-cadre nécessitent logiquement de définir l'organisation criminelle. Sur ce point, les droits français et italien n'ont pas du tout la même approche. Le législateur français a repris dans le code de procédure pénale le vocabulaire des deux décisions-cadre. Aussi bien l'article 695-23 relatif au mandat d'arrêt européen que l'article 694-32 relatif à la décision d'enquête européenne emploient l'expression « participation à une organisation criminelle ». Mais de définition il n'est point question, ce qui, même à faire découler la qualification juridique des faits de l'appréciation exclusive de l'État d'émission<sup>15</sup>, pose problème au regard du principe de légalité<sup>16</sup>. Le droit italien, à l'inverse, n'emploie pas l'expression « organisation criminelle », lorsqu'il transpose les textes

normatifs européens en droit interne. En effet, la loi italienne de transposition de la décision-cadre de 2002 écarte la vérification de la double incrimination des faits non pas en cas de « participation à une organisation criminelle », mais en cas de « participation à une association de trois personnes au moins dont le but est la commission de plusieurs délits<sup>17</sup> »<sup>18</sup>, qualification soumise à la loi de l'État membre d'émission mais dont l'autorité judiciaire italienne vérifie quand même qu'elle correspond bien à ladite incrimination<sup>19</sup>. Cette substitution de l'expression « participation à une organisation criminelle » par celle de « participation à une association de trois personnes au moins dont le but est la commission de plusieurs délits » s'explique par le fait que le code pénal italien ne connaît pas l'incrimination de participation à une organisation criminelle ; il connaît en revanche l'infraction de participation à une *associazione per delinquere*, groupe de trois personnes

- (15) C'est ce que dit clairement l'art. 695-23 al. 35 sur le mandat d'arrêt européen (« la qualification juridique des faits et la détermination de la peine encourue relèvent de l'appréciation exclusive de l'autorité judiciaire de l'État membre d'émission ») ; c'est ce que semble dire, mais moins clairement, l'article 694-31 sur la décision d'enquête européenne (« Le magistrat saisi refuse de reconnaître ou d'exécuter une décision d'enquête européenne dans l'un des cas suivants : [...] 8° Si les faits motivant la décision d'enquête ne constituent pas une infraction pénale selon la loi française, sauf s'ils concernent une catégorie d'infractions mentionnée à l'article 694-32 et sanctionnée dans l'État d'émission d'une peine ou une mesure de sûreté privative de liberté d'une durée d'au moins trois ans, ou sauf si la mesure demandée est l'une de celles mentionnées par l'article 694-33 »).
- (16) La Cour de justice de Luxembourg (CJCE 3 mai 2007, aff. C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW*, AJDA 2007, 1117, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; RSC 2007, 641, chron. L. Idot ; RTD eur. 2010, 159, chron. D. Berlin) précise bien que « 52. [...] même si les États membres reprennent littéralement l'énumération des catégories d'infractions figurant à l'article 2, paragraphe 2, de la décision-cadre aux fins de la mise en œuvre de celle-ci, la définition elle-même de ces infractions et les peines applicables sont celles qui résultent du droit « de l'État membre d'émission ». La décision-cadre ne vise pas à harmoniser les infractions pénales en question quant à leurs éléments constitutifs ou aux peines dont elles sont assorties ». Mais de définition, il n'y a pas en droit français et, sur ce point, la Circulaire de présentation des dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité concernant le mandat d'arrêt européen et l'extradition (11 mars 2004, Circ. crim. 2004-02 CAB, BOMJ 2004, n° 93) n'est d'aucune aide. Elle commence par rappeler que la plupart des catégories d'infractions concernées par la mise à l'écart du principe de double incrimination « correspondent à des infractions aisément identifiables en droit interne et n'appellent donc pas de développement particulier. Cette liste ne doit donc pas être interprétée comme faisant référence à des infractions précises mais à des catégories d'infractions relevant de la nature décrite par la liste ». Elle donne cependant quelques précisions sur les crimes et délits relevant de ces catégories, mais elles sont limitées aux infractions en matière d'exploitation sexuelle des enfants et de pornographie infantile, à la cybercriminalité, à la fraude et au sabotage.
- (17) N.B. : le droit italien connaît une bipartition des infractions en *delitti* et *contravvenzioni*.
- (18) Selon l'art. 8 (remise obligatoire) de la loi du 22 avr. 2005, n. 69, « *Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri* », la remise sur la base du mandat d'arrêt européen est faite, indépendamment de la double incrimination, pour les faits suivants : « a) *partecipare ad una associazione di tre o più persone finalizzata alla commissione di più delitti* ». Et il est à parier que cette formule sera reprise dans la prochaine loi de transposition de la décision-cadre de 2014 (à transposer avant le 22 mai 2017).
- (19) Selon l'art. 8 susmentionné, « 2. *L'autorità giudiziaria italiana accerta quale sia la definizione dei reati per i quali è richiesta la consegna, secondo la legge dello Stato membro di emissione, e se la stessa corrisponda alle fattispecie di cui al comma 1* ».

au moins dont le but est la commission de plusieurs délits. C'est donc pour respecter le principe de légalité que le législateur italien a substitué à l'organisation criminelle européenne l'association de malfaiteurs telle que la connaît le code pénal.

Autrement dit, les deux États se présentent comme des élèves sérieux peut-être, mais approximatifs. Certes, ils transposent les instruments normatifs de coopération judiciaire en Europe, mais ils ne font le travail qu'à moitié, s'abstenant de définir, comme le préconise la décision-cadre de 2008, le concept d'organisation criminelle, soit en introduisant l'expression mais sans la préciser (c'est la position du droit français), soit en n'introduisant pas l'expression et en lui substituant le renvoi à un concept de pur droit interne – *associazione per delinquere* – (c'est la position du droit italien). Le problème pourrait être aisément résolu s'il ne s'agissait que d'une question de vocabulaire. En effet, aucun des deux États n'a attendu un coup de semonce internationale pour réagir à la criminalité organisée. De longue date, existent, en droit français et en droit italien, les infractions de participation à une association de malfaiteurs entendue comme « tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement » (C. pén., art. 450-1) et à une *associazione per delinquere* (littéralement « association pour délinquer ») qualifiable comme telle « quand trois personnes au moins s'associent dans le but de commettre plusieurs délits » (« *quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti* », C. pén., art. 416 italien). La

question qui se pose alors est de savoir si ces deux incriminations, qui n'ont pas été modifiées pour la décision-cadre de 2008, remplissent les attentes de l'Union européenne. Autrement dit, sont-elles le réceptacle de l'organisation criminelle au sens où l'entend la décision-cadre de 2008 ? L'organisation criminelle, comme l'indique l'expression, et comme le confirme la définition qui en est donnée par la décision-cadre, suppose d'une part l'existence d'une organisation, c'est-à-dire d'une association structurée, et d'autre part un but criminel, c'est-à-dire le projet de commettre plusieurs infractions graves (punissables d'une privation de liberté d'au moins quatre ans).

Tant sur le plan de la structure (I) que sur celui du but poursuivi (II), les incriminations relatives à l'association de malfaiteurs et à l'*associazione per delinquere* appellent des commentaires/critiques au regard de ce que prévoit la décision-cadre de 2008.

**I – La structure** est le cœur de l'organisation criminelle. Selon la décision-cadre de 2008, l'organisation criminelle est une association structurée (c'est-à-dire qui ne s'est pas constituée au hasard), établie dans le temps, de plus de deux personnes agissant de façon concertée dans le but de commettre des infractions.

L'organisation criminelle suppose donc un **groupe criminel structuré et stable d'au moins trois personnes**<sup>20</sup>. En droit français et en droit italien, si, à l'origine de l'association de malfaiteurs, était exigée une organisation dans le groupement, cette condition s'est progressivement effacée<sup>21</sup>. En droit français, dans la première version de l'infraction, en 1810, le code pénal disposait que

(20) Même si le texte européen lui-même vient affaiblir ce critère en donnant la possibilité de qualifier de comportement lié à une organisation criminelle l'accord de deux personnes visant à commettre les infractions visées par l'art. 1<sup>er</sup> de la décision-cadre (v. *supra* la critique de la Commission européenne).

(21) Sur ce point, v. notre thèse, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, Paris, LGDJ/Lextenso éditions, Bibliothèque de sciences criminelles, 2010, n° 131 s.

l'association de malfaiteurs « existe par le seul fait d'organisation de bandes ou de correspondance entre elles et leurs chefs ou commandants, ou de conventions tendant à rendre compte ou à faire distribution ou partage du produit des méfaits ». Mais, à partir de 1893 et en réaction aux groupes anarchistes – non organisés – qui sévissaient alors, le législateur va gommer progressivement toute marque d'organisation, jusqu'à entendre l'association de malfaiteurs aujourd'hui comme « tout groupement » ou « entente », c'est-à-dire toute réunion d'au moins deux personnes, sans que les adjectifs « formé » rapporté au groupement et « établie » rapporté à l'entente soient la marque d'une quelconque prise en considération de la nécessité d'une organisation ou d'une stabilité du groupe (comme le démontre d'ailleurs le fait que l'association de malfaiteurs en France peut poursuivre la commission d'une seule infraction). Concernant le *droit italien*, il se calque sur le droit français, avant même l'unification, dès les premiers codes pénaux (code du Royaume des Deux-Siciles de 1819, code parmesan de 1821, code sarde de 1839 et code sardo-italien de 1859), à la seule différence près qu'il exige davantage que deux personnes (un minimum de cinq personnes était ainsi requis dans le code pénal sardo-italien). Mais, petit à petit, le législateur italien aussi délaisse la condition d'organisation, d'abord dans le code Zanardelli de 1889, puis dans le code pénal actuel datant de 1930. Simple-ment, à la différence du droit français (et en conformité avec les exigences européennes), l'*associazione per delinquere* nécessite au moins trois personnes. Par

ailleurs, si, comme en droit français, la condition d'organisation ne figure plus dans le texte, la jurisprudence italienne, servie par l'exigence d'un projet pluri-délictuel à l'article 416 du code pénal, est attentive à l'idée d'une certaine permanence et structure de l'association<sup>22</sup>. Enfin, il va sans dire que l'*associazione di tipo mafioso* de l'article 416 bis du code pénal repose tout entière sur la condition d'une organisation très poussée<sup>23</sup>. Dans ces conditions, un mandat d'arrêt européen émis par la France à destination de l'Italie pour des faits d'association de malfaiteurs pourrait être refusé (ou en tout cas scruté à la loupe, sans bénéficiaire du non contrôle de la double incrimination) s'il ne s'agit que de l'accord entre deux personnes ou projetant la commission d'une seule infraction<sup>24</sup>.

**Quant à la forme que doivent prendre l'investissement dans la structure, les agissements concertés** (autrement dit l'infraction en elle-même de participation à l'organisation criminelle), elle doit se traduire par le fait de « participer activement, d'une manière intentionnelle et en ayant connaissance soit du but et de l'activité générale de l'organisation criminelle, soit de son intention de commettre les infractions en cause, à ses activités criminelles, y compris en fournissant des informations ou des moyens matériels, en recrutant de nouveaux membres, ainsi que par toute forme de financement de ses activités, sachant que cette participation contribuera à la réalisation des activités criminelles de cette organisation » (art. 2 a de la décision-cadre). En d'autres termes, toute contribution en connaissance de cause

(22) Sur ce point, v. notre thèse, *op. cit.*, n° 135. Citons à nouveau la décision des Sezioni Unite penali de la Cour de cassation italienne du 28 avril 2016 (préc., note 4) qui considère que la notion d'infractions de criminalité organisée couvre non seulement les infractions de criminalité mafieuse mais aussi tout type d'« *associazione per delinquere* au sens de l'article 416 du code pénal, en lien avec les activités criminelles les plus diverses, à l'exclusion de la simple réunion pour commettre l'infraction, à laquelle manque le critère de l'organisation ».

(23) V. Ciro Grandi, L'apport de la jurisprudence italienne dans l'élaboration du concept d'« association de type mafieux », ce numéro, p. 13.

(24) En effet, si l'autorité judiciaire italienne n'est pas compétente pour établir si les faits fondant le mandat d'arrêt européen correspondent bien à une infraction selon la loi de l'État d'émission (Cassazione penale sez. VI, 19 déc. 2006, n. 41758), elle pourrait refuser d'exécuter un tel mandat si les faits ne caractérisent pas une « participation à une association de trois personnes au moins dont le but est la commission de plusieurs délits » au sens de la loi italienne du 22 avr. 2005 sur le mandat d'arrêt européen, préc., notes 18 et 19.

à l'organisation criminelle, y compris par une assistance ou une aide matérielle, est punissable au titre de la participation à ladite organisation. Le *droit français* n'est guère explicite, l'article 450-1 du code pénal se référant simplement à la participation à l'association de malfaiteurs sans définir ce qu'il faut entendre par participation. Le *droit italien* est plus précis, qui vise, à l'article 416 du code pénal, d'abord la promotion, la constitution et l'organisation (les fondateurs), puis la simple participation et enfin les chefs. Cela étant, les deux droits laissent irrésolue la question du traitement de ceux qui fournissent une aide à l'association criminelle (sans donc en faire partie) et/ou à la commission des infractions projetées depuis l'association criminelle, qui semblent tous les deux visés par l'article 2 de la décision-cadre. Pour le dire autrement, se pose la question de la complicité de l'association de malfaiteurs sans en faire partie (concours externe) et la question de la complicité depuis l'association de malfaiteurs dans la réalisation des infractions projetées (concours interne)<sup>(25)</sup>. Sans rentrer dans des considérations trop techniques<sup>(26)</sup>, on peut relever d'abord qu'il est nécessaire de déterminer à partir de quel acte un individu apporte son soutien à une association criminelle et comment le punir (comme membre de cette association criminelle ou comme soutien externe/complice ?). Mais il est également indispensable de déterminer de quels comportements un membre d'une association criminelle peut être responsable, au-delà de sa participation à l'association criminelle : de tous les actes commis par l'association criminelle ou bien de tous les actes auxquels il a apporté son soutien ? À cet égard, la doctrine et la

jurisprudence italiennes constituent une aide saisissante à la réflexion, comme le démontre l'article de Marco Venturoli sur la question du concours externe apporté à l'association de type mafieux.

**II – Le but poursuivi** est en quelque sorte le battement de l'organisation criminelle. Selon la décision-cadre, constitue une organisation criminelle l'association qui poursuit l'objectif « de commettre des infractions punissables d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins quatre ans ou d'une peine plus grave, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel » (art. 1 1.). Il n'est donc pas nécessaire, pour punir l'organisation criminelle, que les infractions recherchées aient été commises, dès lors que ces infractions revêtent certains caractères. Et, si les infractions ont été commises par l'organisation criminelle, la décision-cadre considère, sans plus de précision, qu'il peut s'agir d'une circonstance aggravante (art. 3 2.).

La participation à une organisation criminelle peut être punie indépendamment de la réalisation des infractions projetées. C'est d'ailleurs ce qui en fait son utilité. Naturellement, c'est la position des droits français et italien qui font de la participation à l'association de malfaiteurs/*associazione per delinquere* une infraction autonome. Cependant, la décision-cadre pose un certain nombre de **critères concernant les infractions envisagées pour délimiter les organisations criminelles**. Sur un premier point, les droits français et italien ont une conception plus large par le silence sur le critère du profit<sup>(27)</sup>, sauf dans la défi-

(25) Problème compliqué encore par une lecture comparée. En effet, les deux systèmes n'ont pas théorisé de la même manière la participation criminelle. La France a une conception différenciée de la question distinguant auteurs et complices (C. pén., art. 121-6 et 121-7), quand l'Italie a une conception unitaire traitant les personnes qui concourent à l'infraction (C. pén., art. 110 italien).

(26) Sur ce point, v. notre thèse, *op. cit.*, n° 428 s.

(27) Comme une très grande majorité d'États membres de l'Union européenne, semble-t-il (Rapport de la Commission du 7 juill. 2016 préc., p. 4-5). Sur ce point, la décision-cadre prévoit que les États ont « la faculté de considérer d'autres groupes de personnes comme des organisations criminelles, par exemple des groupes qui ne visent pas à obtenir des avantages financiers ou autres avantages matériels » (n° 4).

dition de l'association de type mafieux<sup>28</sup>. Pour le reste, le *droit français* apparaît problématique. Il l'est en effet d'abord par sa conception large de l'association de malfaiteurs, qui inclut dans son périmètre des actes très précoces (là où la décision-cadre emploie l'expression « en vue de commettre », l'art. 450-1 C. pén. utilise les mots « en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels »), mais aussi par le fait que l'association de malfaiteurs est envisageable même pour une seule infraction. Le droit français est problématique à un autre égard, traduisant une conception cette fois plus étroite que la conception européenne. En effet, l'association de malfaiteurs doit poursuivre la commission d'une infraction dont le seuil de répression est cinq ans d'emprisonnement, alors que la décision-cadre pose la limite à quatre ans (très précisément, sont visées les infractions auxquelles sont associées des privations de liberté « d'un maximum d'au moins quatre ans »). Que se passe-t-il alors si un mandat d'arrêt européen est reçu par la France à propos d'une participation à une organisation criminelle préparant une ou plusieurs infractions punies d'une peine inférieure à 5 ans ? Cela ne créera pas de problème en ce que, pour exécuter un mandat d'arrêt européen sans vérification de la condition de double incrimination, le droit français fait référence à la catégorie des infractions de participation à une organisation criminelle et exige simplement que les faits de participation à ladite organisation, qualifiés comme tels par l'Etat d'émission, soient punis d'une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement (C. proc. pén., art. 695-23). Mais le décalage pose tout de même question. Quant au

*droit italien*, le problème tient au fait que, s'il exige bien la préparation d'une pluralité d'infractions, il ne pose pas de seuil à la gravité de ces dernières. Le droit de l'Union européenne ne l'interdit pas, dans la mesure où il pose « des règles minimales », n'empêchant pas à un État membre d'aller au-delà. Cela étant dit, concrètement, des difficultés peuvent apparaître : comment valablement mettre en œuvre un instrument de coopération judiciaire, au titre de la lutte contre la criminalité organisée, à propos de la participation à une *associazione per delinquere* projetant des infractions de faible gravité ? Sans même se poser la question de la peine encourue<sup>29</sup>, un État membre ne pourrait-il bloquer une demande de coopération en provenance de l'Italie au regard du fait que l'incrimination ne correspond pas à la définition donnée par l'Union européenne de l'organisation criminelle ?

Si les infractions projetées sont commises, les auteurs de telles infractions pourront bien évidemment être punis. Mais, dans ce cas-là, **comment la punition de l'auteur de l'infraction-objectif s'articule-t-elle avec la punition, le cas échéant, au titre de la participation à l'organisation criminelle** ? Il est bien évidemment possible de retenir une double culpabilité<sup>30</sup>. La décision-cadre prévoit cependant la possibilité d'une circonstance aggravante pour l'infraction commise dans le cadre d'une organisation criminelle (art. 3 2.). Mais le texte ne dit rien sur l'articulation entre la responsabilité pénale au titre de la participation à l'organisation criminelle (art. 2) et au titre de l'infraction aggravée par le fait qu'elle a été réalisée dans le cadre d'une organisation criminelle (art. 3). Peut-on envisager un cumul de responsabilités ? Ne s'agirait-il pas

(28) V. ce numéro, p. 13, l'art. de Ciro Grandi.

(29) Dans le cadre du mandat d'arrêt européen, le contrôle de la double incrimination n'est pas fait pour certaines catégories d'infractions dès lors qu'elles sont punies d'une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement. Comment interpréter le droit italien qui assortit la simple participation à une *associazione per delinquere* d'une peine comprise entre un an et cinq ans ? Doit-on considérer que la peine de trois ans est « prévue » pour l'*associazione per delinquere* (ce serait, semble-t-il, la position de la Cour de cassation française : Crim. 26 avr. 2006, Bull. crim. n° 115) ?

d'une atteinte à la règle de l'absorption qui commande de fondre dans la circonstance aggravante d'organisation criminelle l'infraction de participation à une telle organisation, à propos des mêmes faits ? En *droit italien*, une telle difficulté n'existe pas dans la mesure où il n'y a pas de circonstance aggravante liée à la commission d'une infraction dans le cadre d'une organisation criminelle. Au contraire, cette difficulté apparaît en *droit français*, la jurisprudence ayant retenu, à plusieurs reprises, la qualification d'infraction commise en bande organisée et de participation à une association de malfaiteurs en vue de commettre cette infraction, alors même que la bande organisée est le synonyme de l'association de malfaiteurs <sup>31</sup>.

### Conclusion

Clairement, il faut remettre à plat la réflexion sur la criminalité organisée et, en premier lieu, sur l'organisation criminelle. Cette réflexion doit être menée au niveau de l'Union européenne. À un moment où une directive est sans doute nécessaire, il serait bienvenu d'asseoir l'organisation criminelle sur des infractions de participation bien distinctes des

formes classiques de participation criminelle (préparation et réalisation d'infractions à plusieurs). Mais cette réflexion doit être menée aussi au plan interne. Si le droit italien montre sans doute une route avec la construction doctrinale et jurisprudentielle autour de l'*associazione per delinquere*, mais aussi l'*associazione di tipo mafioso* comme le mettent bien en évidence *Ciro Grandi* et *Marco Venturoli* dans les articles qui suivent, le droit français reste à la traîne. Il a clairement fait l'impasse d'une réflexion sur ce qu'est une organisation criminelle pour structurer les formes de sa réponse à la criminalité organisée. Il est au contraire parti des moyens et des sanctions apparus utiles en matière de criminalité organisée, qu'il applique, faute de réflexion sur l'organisation criminelle, à toute une série de comportements plus ou moins graves et plus ou moins réalisés en bande organisée. C'est, nous semble-t-il, mettre la charrue avant les bœufs. Au-delà, le travers de cette logique (le but ?) est de mobiliser un appareil très répressif à l'endroit de comportements sans rapport avec la criminalité organisée <sup>32</sup>. Il serait bon de remettre les choses dans l'ordre.

(30) C'était d'ailleurs l'arrière-plan de la décision *Mantello* pour des faits relatifs de détention de stupéfiants distincts de ceux de participation à une organisation criminelle ayant pour objet le trafic illicite de stupéfiants (CJUE, gr. ch., 16 nov. 2010, aff. C-261/09, *Mantello*, AJDA 2011. 264, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; AJ pénal 2011. 197, obs. L. Ascensi ; RTD eur. 2011. 647, obs. P. Beauvais).

(31) Sur ce point, v. notre commentaire, « Ceci n'est pas une pipe » : l'association de malfaiteurs et la bande organisée selon la Cour de cassation, ss Crim. 8 juill. 2015, D. 2015. 2541.

(32) Comme le démontrent d'ailleurs les vagues-hésitations du législateur au tempo du Conseil constitutionnel en matière d'escroquerie. Le délit d'escroquerie en bande organisée a en effet été successivement inclus (loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance), exclu (loi n° 2007-1598 du 13 nov. 2007 relative à la lutte contre la corruption), inclus (loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit), exclu (loi n° 2015-993 du 17 août 2015 portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne, faisant suite à une déclaration d'inconstitutionnalité du Conseil constitutionnel du 9 oct. 2014 – décis. n° 2014-420/421 QPC), ou plutôt déplacé dans le nouvel art. 706-73-1 issu de la loi du 17 août 2015, qui maintient la possibilité d'appliquer au délit d'escroquerie commis en bande organisée les dispositions procédurales dérogatoires attachées à la criminalité organisée, à l'exclusion de celles relatives à la garde à vue.

## Décision-cadre 2008/841/JAI du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée

### Article premier - Définitions

« Aux fins de la présente décision-cadre, on entend par :

1) « organisation criminelle », une association structurée, établie dans le temps, de plus de deux personnes agissant de façon concertée en vue de commettre des infractions punissables d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins quatre ans ou d'une peine plus grave, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel ;

2) « association structurée », une association qui ne s'est pas constituée au hasard pour commettre immédiatement une infraction et qui n'a pas nécessairement de rôles formellement définis pour ses membres, de continuité dans sa composition ou de structure élaborée ».

### Article 2 - Infractions relatives à la participation à une organisation criminelle

« Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que l'un des deux ou les deux types de comportements liés à une organisation criminelle décrits ci-après soit(en)t considéré(s) comme une (des) infraction(s) :

a) le fait pour toute personne de participer activement, d'une manière intentionnelle et en ayant connaissance soit du but et de l'activité générale de l'organisation criminelle, soit de son intention de commettre les infractions en cause, à ses activités criminelles, y compris en fournissant des informations ou des moyens matériels, en recrutant de nouveaux membres, ainsi que par toute forme de financement de ses activités, en sachant que cette participation contribuera à la réalisation des activités criminelles de cette organisation ;

b) le fait pour toute personne de conclure avec une ou plusieurs personnes un accord visant à exercer une activité qui, si elle aboutit, reviendrait à commettre les infractions visées à l'article 1<sup>er</sup>, même lorsque cette personne ne participe pas à l'exécution proprement dite de l'activité ».

### Article 3 - Sanctions

« Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour

a) l'infraction visée à l'article 2, point a), soit passible d'une peine d'emprisonnement maximale comprise entre deux ans et cinq ans au moins ; ou

b) l'infraction visée à l'article 2, point b), soit passible de la même peine d'emprisonnement maximale que l'infraction en vue de laquelle l'accord est conclu, ou d'une peine d'emprisonnement maximale comprise entre deux ans et cinq ans au moins.

2. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que le fait que les infractions visées à l'article 2, telles que définies par l'État membre en question, aient été commises dans le cadre d'une organisation criminelle puisse être considéré comme une circonstance aggravante ».

### Code pénal français

#### Article 450-1 :

« Constitue une association de malfaiteurs tout groupelement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement.

Lorsque les infractions préparées sont des crimes ou des délits punis de dix ans d'emprisonnement, la participation à une association de malfaiteurs est punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.

Lorsque les infractions préparées sont des délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement, la participation à une association de malfaiteurs est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ».

### Code pénal italien

#### Article 416 - Associazione per delinquere :

« Quand trois personnes au moins s'associent dans le but de commettre plusieurs délits, ceux qui promeuvent, constituent ou organisent l'association sont punis, pour ce seul fait, d'une peine d'emprisonnement comprise entre trois et sept ans.

Pour le seul fait de participer à l'association, la peine est comprise entre un et cinq ans d'emprisonnement.

Les chefs encourent la même peine que celle prévue pour les promoteurs.

Si les associés parcourent à main armée les campagnes ou les voies publiques, s'applique une peine d'emprisonnement comprise entre cinq et quinze ans.

La peine est augmentée si le nombre des associés est de dix ou plus.

[...] »

#### Article 416 bis - Associazione di tipo mafioso anche straniere

« Quiconque fait partie d'une association de type mafieux, formée de trois personnes au moins, est puni d'une peine d'emprisonnement comprise entre dix et quinze ans.

Ceux qui promeuvent, dirigent ou organisent l'association sont punis, pour cela seul, d'une peine d'emprisonnement comprise entre douze et dix-huit ans.

L'association est de type mafieux quand ceux qui en font partie se prévalent de la force d'intimidation du lien associatif et de la condition d'assujettissement et d'omertà (loi du silence) qui en découle, pour commettre des délits, pour acquérir directement ou indirectement la gestion ou, en tout cas, le contrôle d'activités économiques, de concessions, d'autorisations, des marchés et des services publics ou pour réaliser des profits ou des avantages injustes pour eux ou pour autrui, ou bien afin d'empêcher ou de faire obstacle au libre exercice du vote ou de procurer des votes à eux-mêmes ou à autrui à l'occasion de consultations électorales.

[...] ».